

# ***A JURISPRUDÊNCIA E A LICITAÇÃO***

---

**JOSÉ AUGUSTO DELGADO\***

*Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e  
Professor Adjunto da UFRN*

## **Sumário:**

1. A Jurisprudência como fonte dimensionadora do direito positivo - 2. Licitação e capacidade técnica - 3. Direito do vencedor da licitação ao ato de adjudicação - 4. Idoneidade financeira do licitante - 5. Formulações jurídicas influenciadoras da construção jurisprudencial sobre licitação - 6. Outras interpretações jurisprudenciais sobre a aplicação do instituto da licitação.

## **1. A Jurisprudência como fonte dimensionadora do direito positivo**

As decisões judiciais, quando analisadas dentro do contexto da realidade prática que nos oferece a ordem jurídica, se apresentam como o melhor termômetro definidor do real sentido da norma positiva, não só por revitalizar o seu conteúdo, mas também por atualizar a mensagem nela contida.

É através do juiz que o direito legislado se apresenta com sentido mais lógico e com compreensão acentuada, tendo em vista o aprofundamento que é feito para fixação da sua mensagem e conteúdo. Adquire, em vinculação com o caso concreto, estágio de validade e produz eficácia, além de ser causa aceleradora do processo de sua gestação e de sua criação.

A atividade judicante, inequívoca manifestação do poder estatal em decorrência da provocação que lhe é feita, ao alcançar o nível de coisa julgada, se apresenta no ordenamento jurídico como norma individual, fazendo lei entre as partes. Em face da produção desse efeito, afirma-se, com razoável aceitação, que a sentença judicial tem a característica ímpar de melhor se ajustar ao critério da relatividade do justo ou do injusto, considerando-se, de modo individualizado, isto é, entre partes, o litígio examinado.

O conjunto de decisões judiciais constitui elemento caracterizador do conceito de jurisprudência, que nada mais é do que regular expediente de interpretação adotado pelo Poder Judiciário na análise da norma jurídica, com função específica de descobrir e elucidar o verdadeiro objetivo e carga do direito positivo.

A jurisprudência, em uma visão histórica, é vista, sob o aspecto pragmático, em dois sentidos: o estrito (conjunto de sentenças judiciais já definitivamente julgadas, onde é dada credibilidade geral ao conteúdo normativo positivado) e o *lato* (se apresenta como sendo parte integrante da Ciência do Direito, no estágio de doutrina científica, pelo que é considerada fonte formal indireta ou subsidiária do Direito).

Exerce, conseqüentemente, a jurisprudência, resultado das decisões emitidas pelos juízes, a função de realizar o direito. Isso em razão do fenômeno plenamente conhecido de que a lei dita regra de conduta de efeito abstrato e geral. Só quando ocorre a inobservância espontânea da regra jurídica é que se chama o Poder Judiciário para, após identificar a ocorrência de sua violação, declarar e dar real atuação à sua força, tudo em nome da Uberdade e dos direitos de cada pessoa e considerando a ordem objetiva da convivência social.

A jurisprudência, formada por um complexo vinculado de decisões, exerce a sua capacidade preponderante de aceitação, por ser resultado de um ato de julgar onde se apresentam a ponderação, o

sopesamento das coisas e a formação de um juízo, tudo exercido com cautela e de modo formal, como elementos influenciadores da sua dignificação. Ela representa a apreciação de vários fatos já valorados e enquadrados, de modo realista, como justos ou injustos. Ela resulta do trabalho feito por intérpretes (juízes) qualificados que examinam a norma positiva com a finalidade de entendê-la em todo o seu significado, considerando, para tanto, a sua vinculação com o ordenamento jurídico por inteiro, pelo que em determinados momentos há necessidade de serem supridas lacunas existentes, bem como procurando inseri-la no contexto de uma realidade social que recebe a pressão dinâmica dos fatos construídos pelos estamentos da sociedade, o que exige compreensão das exigências formuladas pelos vários segmentos formadores do pensamento nacional e a adequação aos novos valores por acaso surgidos.

Atua, conseqüentemente, a jurisprudência, em relação aos fenômenos jurídicos que envolvem a licitação, como o faz no envolvimento com qualquer outra entidade de direito, como meio de impor uma interpretação pacificadora da legislação que a rege, facilitando, assim, a tarefa da aplicação do direito positivo ao fato concreto.

O estudo, de modo sistemático, da jurisprudência atualizada sobre a licitação contribui para aproximar o administrador da legalidade, por afastar, em um percentual muito acentuado, as dúvidas por acaso existentes sobre as normas positivas jurídicas que a regem. Tem, assim, função específica de impor segurança na realização e concretização das várias fases do procedimento licitatório, assegurando maior confiança nas relações entre administradores e interessados no processo. Justificada está, com as considerações acima assinaladas, a razão do presente estudo. Passo, a seguir, a examinar algumas manifestações jurisprudenciais, renovando a afirmação do entendimento de que o seu conhecimento se me apresenta como relevante para melhor se desenvolver o atuar administrativo.

## 2. Licitação e capacidade técnica

A posição declarada, de modo iterativo, pelos Tribunais do País é no sentido de que não pode haver exigência discriminatória no referente ao requisito da capacidade técnica dos concorrentes.

O princípio da igualdade há de ser sempre preservado na licitação, pelo que nenhum conteúdo de discricionariedade se permite ao administrador. No concernente a demonstração da capacidade técnica há de se ter um comportamento não revelador de qualquer restrição, a fim de que fique proporcionado a todos os que desejarem participar do processo licitatório os meios necessários para a efetivação dessa prova.

É oportuno a administração ter como linha de conduta o afirmado na ementa abaixo transcrita, lavrada em decorrência do julgamento proferido, em data de 02-02-1988, na REO 0106396-GO, pela 2ª Turma do então e egrégio Tribunal Federal de Recursos, tendo como Relator o eminente Ministro OTTO ROCHA:

Licitação - Capacidade técnica - Exigência Discriminatória.

A exigência de quatro atestados, a serem fornecidos somente pela administração direta, autarquias e sociedade de economia mista, sediadas na capital do estado, excluindo as empresas públicas e as de direito privado, além de discriminatória é ilegal, *ex vi* do art. 5º, A, do Decreto nº 86.025/81 (*in* DJU de 10-03-88, p. 04.564).

Uma observação merece se fazer em relação ao Decreto nº 86.025/81, por o mesmo se encontrar citado no corpo da ementa acima referida, tendo em vista a sua vigência. A esse respeito perdura o entendimento de que o mencionado decreto está em vigor não em sua totalidade, por se encontrarem revogadas todas as suas disposições que vão de encontro ou divergem do contido no Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.

A decisão em destaque interpreta, com real adequação, a aplicação do princípio da igualdade da licitação, que está presente de

modo explícito em toda legislação específica sobre o assunto, elevada, hoje, a registro no texto constitucional, conforme previsão do art. 37, XXI:

Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....

XXI - ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A ressalva feita no texto constitucional deve ser interpretada de modo restritivo, a fim de que a força do princípio da igualdade não sofra enfraquecimento pela adoção de critério que faça prevalecer à exceção em prejuízo do fundamental. Os casos especificados na legislação e que permitem uma limitação ao cumprimento do princípio da igualdade, são os ditados pelos artigos 25 e 26 do Estatuto das Licitações (DL 2.300 e legislação posterior), onde se permite que a Administração, em garantia da segurança e da qualidade da obra ou do serviço público, estabeleça requisitos mínimos. Trata-se, como visto, de se adequar o princípio da igualdade a um outro princípio que rege a atividade administrativa estatal, que é o de que a execução de qualquer contrato de serviço ou obra se desenvolva com segurança e perfeição, para que a finalidade pública seja integralmente alcançada.

Em suma, conforme bem demonstra o decisório que se analisa, o que não se permite é qualquer atitude do administrador que provoque discriminação entre os participantes que possuam requisitos

para atenderem ao objeto da licitação, conduzindo esse procedimento a um julgamento faccioso que, certamente, conduzirá o julgamento da licitação para a proibida situação de desigualar os iguais ou igualar os desiguais.

É de se deixar registrado que, com base na proteção que deve ser dada à qualidade e à segurança do serviço público, não constitui cláusula discriminatória a que exige, de modo mínimo, porém, convincente, demonstração inequívoca de capacidade técnica da empresa, compatível com o valor e a complexidade das obras, serviços ou compras em licitação, além da adequação, quando for o caso, à tecnologia mais moderna.

No tocante à capacidade técnica, cumpre observar o que disciplina o art. 25, § 2º, do DL 2.300, de 21 de novembro de 1986:

A documentação relativa à capacidade técnica, conforme o caso, consistirá em:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, em quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação;

III - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

É de ser questionado, após a edição do Decreto-lei 2.300/86, se está prevalecendo a regulamentação sobre a formação do cadastro específico, na parte referente à capacidade técnica, nos termos definidos pelo art. 5º, I, do Decreto nº 86.025/81, do teor seguinte:

Para a inscrição no Cadastro Específico, os interessados deverão apresentar o CRJF, com prazo de validade em vigor, e fornecer informações que permitam sua correta avaliação, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - quanto à capacidade técnica:

a) 2 atestados, pelo menos, do desempenho anterior da atividade para a qual pretenda o registro, expedidos por pessoas de direito público ou privado, indicando a natureza, volume, quantidade, prazo, local, data e outros elementos caracterizadores da obra, serviço ou fornecimento realizados;

b) dados capazes de permitirem, a critério da unidade administrativa, a avaliação da capacidade técnica dos interessados, tais como os referentes a instalações físicas, equipamentos técnicos adequados e disponíveis, licenças de fabricação ou assistência técnica, firmas representadas, origem das matérias primas, procedimentos de controle de qualidade, relação de equipe técnica com currículos profissionais, e outros elementos ou informações consideradas úteis e oportunas pelo interessado.

Entendo que as disposições acima citadas, pela forma genérica como estão postas, em nada vão de encontro ao disposto no artigo 25, § 2º, do Decreto-lei nº 2.300/86. A administração pode se utilizar dos seus comandos, complementando as exigências de modo que sejam atendidos os requisitos básicos presentes no texto da legislação ordinária.

Em suma, o que deve ser examinado é se a capacidade técnica se encontra devidamente comprovada, para tanto se fazendo com que todas as partes licitantes se apresentem com iguais situações no tocante à documentação a ser avaliada e que não se estabeleça qualquer forma de privilégio ou favoritismo.

Por fim, considerando-se o contido na decisão que serviu de parâmetro para os comentários aqui postos, resta concluir com o registro de determinadas regras comportamentais que devem ser adotadas pela administração no trato da análise da capacidade técnica dos licitantes. Elas, de acordo com o nosso entendimento:

1 - a capacidade técnica é formada pela análise da capacidade profissional do licitante para a execução do objeto licitado, pelo que deve ser vista sob três aspectos: o genérico, o específico e o operativo:

2 - a administração, no exame de tais aspectos, deve analisá-los de modo conjuntural, tendo o cuidado de um não excluir o outro ou de algum se tornar prevalente, em prejuízo da real convicção a ser formada sobre a capacidade técnica do licitante;

3 - a prova da capacidade técnica só pode ser exigida quando constar, expressamente, no edital;

4 - o registro profissional, desde que idôneo, em tese, constitui prova suficiente para demonstrar a capacidade técnica genérica;

5 - a capacidade técnica específica deve ficar cumpridamente comprovada, servindo como meio para demonstrá-la a apresentação de atestados de desempenho anterior e a verificação de possuir a empresa licitante aparelhamento e pessoal com aptidão para fazê-lo funcionar a contento;

6 - a capacidade técnica operativa envolve o exame de ser suficiente o número de máquinas e de pessoal para a execução do serviço, da obra ou de qualquer outro objeto da licitação.

### **3. Direito do vencedor da licitação ao ato de adjudicação**

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, tem se manifestado no sentido de que o ato de adjudicar não se confunde com o de contratar, em se tratando de licitação. Para a nitidez da diferença entre tais momentos, tem fixado que o vencedor da licitação não tem simples interesse legítimo na adjudicação do objeto da licitação, porque para ele gerou um direito que lhe deve efetivamente ser assegurado.

Entre vários acórdãos denunciando esse posicionamento, merece conferência o prolatado no RE 0107552-DF, pela 2ª Turma, em 28-04-1987, em que foi Relator o eminente Ministro Francisco Resek, assim ementado:



Mandado de segurança. Pressuposto. Direito subjetivo. Interesse legítimo. Critérios distintivos. Doutrina. Licitação, direito à adjudicação.

Adjudicar não é contratar. Não se confundem o direito à adjudicação com o eventual direito de contratar. O vencedor da concorrência, em hipótese onde sua proposta reponta, segundo os critérios do edital, a um só tempo como a mais vantajosa e a mais satisfatória, tem direito à adjudicação, e não apenas legítimo interesse. Recurso extraordinário não conhecido. (DJU, 05-06-87, p. 11.115).

Essa posição da Suprema Corte, não obstante recusada por uma parte da doutrina (ver REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *in Licitação*, p. 96, conclusão de nº 14), é que se apresenta compatível com o sentido legal da adjudicação. Esta fase do procedimento licitatório é definida como sendo o ato pelo qual o licitante reconhece a proposta mais vantajosa entre as apresentadas. Com a sua consumação se alcança o término da denominada fase administrativa precontratual, tendo-se consolidado o objetivo visado pelo ato licitatório com a declaração de que a proposta vencedora tem condições de ser aceita. Por essa razão é que HELY LOPES MEIRELLES fez constar o seguinte ensinamento em sua obra *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 153, 8ª edição:

Adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação, para a subsequente efetivação do contrato administrativo. É o ato constitutivo do direito do licitante a contratar com a Administração, quando esta se dispuser a firmar o ajuste. A adjudicação, como ato constitutivo de direitos e obrigações, produz os seus efeitos jurídicos desde o momento em que for homologada pela autoridade competente (Estatuto, art. 35, IV e V).

Sendo um direito do licitante vencedor, a adjudicação gera, conseqüentemente, efeitos jurídicos. Em uma síntese apertada, são:

a) - a impossibilidade da administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário, sem que isso afaste o direito do licitado de, nos limites da sua atuação discricionária,

deixar de realizar o serviço, a obra ou qualquer outro fato administrativo que tenha sido motivo do procedimento;

b) - o licitante vencedor fica sujeito às penalidades previstas no edital e à perda de eventuais garantias que por acaso tenha oferecido, caso seja chamado para assinar o contrato e não o fizer, sem que exista motivo suficiente para esse comportamento;

c) - nos limites dos termos em que a licitação foi vencida, surge só a expectativa do direito do adjudicatário de contratar;

d) - com a adjudicação, o vencedor se obriga a cumprir todos os encargos estabelecidos no edital e os que ficaram registrados em sua proposta;

e) - o vencedor se compromete, em decorrência da adjudicação homologada, a manter a oferta pelo tempo prometido, desde que o contrato obedeça às demais condições e prazos apreciados durante o procedimento licitatório;

f) - a adjudicação encerra o atuar da comissão no que concerne à licitação, operando-se, em consequência, a preclusão administrativa, pelo que não mais pode ser alterada a situação jurídica ali estabelecida, salvo se, a *posteriori*, for relevado fato que vá de encontro aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da igualdade.

#### **4. Idoneidade financeira do licitante**

A jurisprudência tem fixado os limites da conceituação de idoneidade financeira para que a empresa possa ser considerada habilitada a licitar. Isso em decorrência de variadas posições assumidas pela administração, onde se verifica que adota critérios não uniformes para que essa prova seja feita, ora fazendo exigências descabidas, ora deixando sem real comprovação tal requisito.

Idoneidade financeira é a demonstração de que a licitante tem capacitação para suportar os ônus decorrentes do contrato. Ela é aferida de modo real, considerando-se a extensão do objeto da licitação e sem ser vista de modo absoluto. É ato de cautela da administração e que deve ser exercido sem extravasamento do seu verdadeiro objetivo, sob pena de favorecer às grandes empresas, em prejuízo das demais. Analisa-se, pelo exame dos livros contábeis e das certidões emitidas pelos órgãos competentes, a verdadeira situação da pretensa concorrente, a tanto contribuindo a seriedade com que desenvolveu as suas atividades no passado e o faz no presente. O problema do capital mínimo é uma exigência que, hoje, só existe quando se cuida de compras para entrega futura ou de obras ou serviços de grande valor ou complexidade. Depende, também, de regulamentação específica, conforme permissibilidade contida no art. 32, §§ 3º, 4º e 6º do Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-1986.

Destaco, no exame da matéria, as decisões abaixo relacionadas:

a) - ementa do acórdão emitido na AMS 120985, da 1ª Turma, do então e egrégio Tribunal Federal de Recursos, em que foi Relator o eminente Ministro Costa Leite:

Administração. Licitação. Exigência editalícia.

I - É legítima a exigência editalícia pertinente à prova de capacidade gerencial, por isso que voltada a demonstrar a idoneidade financeira da empresa licitante.

II - Sentença denegatória da segurança confirmada (DJU, 17-10-88).

b) - síntese do julgamento proferido na REO 0116458, em 12-12-89, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que foi Relator o Juiz Hermenito Dourado, conforme DJU de 05-02-90:

Administrativo. Procedimento licitatório - DL 2.300/86 - Limites para comprovação da capacidade técnica e capacidade financeira.

I - A exigência do edital da licitação que lhe comprometa, restrinja ou frustre o caráter competitivo, é de considerar-se nula (DL 2.300/86, art. 3, parágrafo 1, I).

II - A idoneidade técnica e financeira, para fins de habilitação nas licitações, se comprovam com a documentação prevista no art. 25, §§ 2º e 3º do Decreto-lei 2.300/86, inadmitidas exigências aleatórias outras, sem amparo legal.

III - Remessa oficial desprovida.

c) - ementa do acórdão referente ao julgamento da REO 0112475, ocorrido em 09-10-87, relatado pelo Ministro Dias Trindade, Tribunal Federal de Recursos, conforme DJU de 05-11-87:

Administrativo - Licitação - Exigências do edital.

A exigência de apresentação de alvará de funcionamento e de prova de quitação fiscal é suprida pela de certificado de regularidade jurídico-fiscal, instituído pelo Decreto 84.701/80, mas as provas de capacidade técnica e de idoneidade financeira são requisitos legais para a participação em processo de licitação.

## **5. Formulação jurídicas influenciadoras da construção jurisprudencial sobre licitação**

A jurisprudência existente sobre licitação tem sua formação vinculada a preceitos jurídicos fixados pela doutrina e é, amplamente, vinculada às conclusões interpretativas surgidas do exame do direito legislado. Uma visão sintética dos elementos de convicção que servem para exteriorizar a construção jurisprudencial será, ao meu pensar, útil para os que lidam com o instituto da licitação. Em razão da escolha dessa metodologia, passa-se a registrar, de forma sumulada, os principais postulados de direito que servem de orientação para a realização dessa tarefa. Ei-los:

1 - A atuação administrativa há de se desenvolver, obrigatoriamente, de modo que sejam respeitados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade.

2 - A prestação de serviços públicos, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, só pode ocorrer se for precedido de licitação.

3 - A licitação é obrigatória para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pela administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, salvo os casos especiais ressalvados na legislação específica.

4 - Toda licitação deve obedecer aos princípios que a regem e que são os seguintes: procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor; probidade administrativa.

5 - Os participantes da licitação têm assegurado direito público subjetivo a que sejam observados fielmente as regras formais estipuladas para o procedimento, sem que isso redunde em se apoiar exigências inúteis ou desnecessárias.

6 - Não se deve anular o procedimento licitatório, pela existência de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, se nenhum prejuízo for causado à administração ou aos concorrentes.

7 - A publicidade da licitação deve se aplicar a todas as fases do procedimento e deve ser a mais ampla possível.

8 - Não viola o princípio da publicidade dos atos licitatórios a efetivação do julgamento das propostas em recinto fechado e sem a

presença dos interessados, porque em assim procedendo a administração está possibilitando à Comissão ter tranquilidade para o exame das questões e lhe ser possível discutir livremente os aspectos fundamentais de toda a documentação que lhe foi apresentada.

9 — O edital de licitação não pode ser genérico, impreciso ou omissos em seus pontos essenciais, sob pena de nulidade.

10 - A Lei regulamentadora da ação popular considera nulo o contrato resultante de licitação cujo edital contenha cláusulas ou condições que impliquem em descaracterizar o caráter competitivo do certame.

11 - As propostas e documentos devem ser apresentados de modo sigiloso, sob pena de, se houver violação desse princípio, ser decretada a anulação do procedimento e ensejar responsabilidade penal (art. 326, do Código Penal).

12 - A lei interna da licitação é o edital, pelo que a Administração e os licitantes ficam vinculados ao seu texto, desde que não contenha dispositivos discriminatórios ou exigências incompatíveis com o objeto da licitação.

13 - O julgamento das propostas deve ser objetivo o com apoio nos fatores concretos pedidos no edital, em comparação com o que foi apresentado, sem se afastar da consideração de que se deve homenagem ao interesse público e aos elementos determinadores da qualidade, durabilidade, rendimento, preço, prazo e outros que o objeto da licitação exigir.

14 - A compulsoriedade da adjudicação da licitação ao vencedor resulta na obrigação da Administração contratar só com o adjudicatário, quando desejar realizar a obra, o serviço ou a compra.

15 - A licitação busca, essencialmente, que exista competitividade entre os participantes, pelo que, se ficar comprovado, por qualquer meio, a sua inexistência, não há procedimento licitatório.

16 - O objeto da licitação deve ser definido com clareza no edital ou convite, a fim de que possibilite a formulação das ofertas e facilite o julgamento objetivo.

17 - Anulada a licitação sem base legal, cabe ao vencedor indenização por perdas e danos, desde que devidamente comprovados.

18 - Se a Administração perceber qualquer conluio entre os interessados é do seu dever anular a licitação, fazendo prevalecer o princípio da probidade.

19 - Sobrevindo interesse da Administração na não celebração do contrato, por ela ter a faculdade de desistir, pouco importa que a proposta do vencedor seja considerada séria, compatível e concreta. O ato de adjudicação não é meio impeditivo desse proceder. Não há direito por parte do licitante vencedor de exigir a continuidade da licitação ou da entrega do objeto do contrato.

20 - A inversão dos atos procedimentais referentes à licitação acarreta a sua nulidade.

21 - A licitação só pode ser dispensada por disposição expressa da lei, sob pena de invalidade do contrato administrativo.

22 - Se apenas um concorrente participa da licitação, desde que a sua proposta seja idônea e satisfaça aos interesses públicos do objeto licitado, nada obsta que se a tenha em consideração.

23 - A administração, na licitação, deve buscar a melhor proposta, o que deve ficar caracterizado de modo objetivo, o que significa que nem sempre é a de menor preço.

24 - A adjudicação, por si só, não resulta em se considerar a licitação homologada, haja vista ser esse proceder uma ação hierárquica de controle, com finalidade de atribuir eficácia aos atos anteriores praticados. A homologação pode ser negada pela administração quando ficar evidente o vício da ilegalidade do procedimento ou, com justa razão, for de conveniência do interesse público. A motivação do despacho que nega a homologação é necessária e deve conter, de modo concreto, todos os fundamentos determinadores da decisão.

25 - A comissão de licitação é o órgão, por excelência, que tem atribuição para proferir a decisão. Nenhuma autoridade pode substituí-la na sua função decisória, nem alterar seu julgamento, para rever o mérito do que foi decidido. A autoridade superior só poderá, motivadamente, anular a decisão, até de ofício, se houver comprovação de erro ou irregularidade no ato de julgar.

26 - A vedação de preferência de marca constante no art. 23, I, *in fine*, do DL 2.300/86, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348/87, não deve ser entendida de modo absoluto. A administração pode adquirir determinada marca, com exclusão de similares, quando isso determinar a continuidade de utilização da já existente no serviço público, tornando mais econômico a assistência e a conservação; quando, de modo justificado, se comprovar que a adoção da nova marca é mais conveniente, em comparação com a utilizada, por avanço tecnológico, por resultar em economia ou por melhor se adequar aos serviços a serem prestados; ou para padronização de marca ou tipo no âmbito do órgão.

27 - A aquisição de imóvel para o serviço público deve ser precedida de licitação quando as necessidades do referido serviço não obriguem à administração a se fixar em um prédio determinado.

28 - A obediência ao princípio do julgamento objetivo exige que até mesmo o critério (método pelo qual as propostas serão avaliadas) e os fatores (qualidade, rendimento, preço, condições de pagamento,





prazo e outros) sejam objetivos e adequados, rigorosamente, ao objeto da licitação.

29 - O pagamento adiantado de parcela do preço só se admite em casos excepcionais e desde que tenha constado essa vantagem no edital. Em regra, os Tribunais de Contas rejeitam esse procedimento. Se ocorrer situação excepcional que permita pagamento adiantado de parte do preço, a Administração pode exigir, por ato de cautela, fiança bancária, até a execução final do contrato.

30 - O edital deve conter os fatores que serão considerados para, em caso de empate, se considerar o vencedor, permitindo-se até o sorteio.

31 - A adjudicação é ato a ser praticado pela autoridade superior competente, conforme interpretação extraída do art. 35, incisos IV e V, do DL 2.300/86.

32 - A nulidade da licitação produz efeitos *ex tunc*, por basear-se em ilegalidade. Pode ser declarada em qualquer fase e a qualquer tempo.

33 - A revogação da licitação opera efeitos *ex nunc*, por ser assentada em motivos de oportunidade e conveniência administrativa.

34 - Os atos de anulação e revogação da licitação devem ser motivados em uma base real, sob pena de se transformarem em atuação arbitrária.

35 - Os efeitos dos recursos interpostos contra a habilitação ou a inhabilitação serão sempre suspensivos; os demais apenas devolutivos. Nada impede, porém, que, em face da repercussão do ato recorrido, a autoridade administrativa imponha efeito suspensivo ao recurso que não o tenha, a exemplificar os casos de inconformismo com o julgamento das propostas.

36 - Todos os licitantes deverão ser comunicados do inteiro teor do recurso interposto, para que possam impugná-los, no prazo de 5 (cinco) dias.

37 - O interesse público deve preponderar no julgamento da licitação, pelo que fica vedado, na prática desse ato, qualquer dose de discricionariedade não autorizada por lei.

38 - A probidade administrativa é um dos valores constitucionais que deve ser resguardado nos procedimentos licitatórios, no mesmo nível da igualdade e da publicidade.

## **6. Outras interpretações jurisprudenciais sobre a aplicação do instituto da licitação**

O então e egrégio Tribunal Federal de Recursos e os atuais Tribunais Regionais Federais construíram, através dos tempos, com as suas decisões, uma interpretação específica sobre vários aspectos da licitação no âmbito da Administração Federal.

Na remessa de ofício nº 107.826-DF, em que foi Relator o Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau, a egrégia Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos decidiu, à unanimidade, em 30.09.86 (DJU de 04.12.86, p. 23.897), que:

Administrativo - Licitação - Restrições ao direito dos licitantes.

A exigência de que o licitante seja fabricante do produto licitado, além de violar o livre exercício da atividade do comerciante e limitar a respectiva participação no processo licitatório, prejudica a obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração. Remessa oficial improvida.

Consagrou-se, na decisão supra, a aplicação do princípio constitucional de que ninguém, nem o próprio Estado, tem o direito de restringir o livre exercício da atividade profissional. Além do mais, guardou-se fidelidade aos objetivos essenciais da licitação que, em

homenagem à probidade administrativa, perseguem a consecução da proposta mais vantajosa para a execução do serviço, obra ou compra desejados.

De outra feita, a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, ao apreciar a Apelação Cível nº 115.548, Paraná, relatada pelo Ministro José Cândido, do interesse da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, decidiu, por unanimidade, que, embora a firma tenha oferecido preços mais baixos, a circunstância de terem sido absurdamente baixos, de modo a não se ter confiança na execução do objeto licitado, justificada estava a sua rejeição. Em consequência, a adjudicação das obras a concorrente que ofereceu preço mais elevado, não impõe anulação do processo licitatório, nem gera direito de indenização à vencida. A ementa da referida decisão foi publicada no DJU de 17.12.87, p. 28.136, e está assim expressada:

Administrativo. Licitação. Julgamento. Adjudicação das obras a concorrentes ofertantes de preços mais elevados. Ausência de justificação. Anulação da concorrência. Pretensão à indenização da firma que ofereceu preços mais baixos. Embora tendo oferecido preços mais baixos, a circunstância de terem sido absurdamente baixos justifica a rejeição. Sentença reformada.

Cumpre, agora, notar que mesmo antes da vigência do DL 2.300/86, com base nos princípios determinados pela legislação da época, já se adotava o entendimento jurisprudencial de que "A empresa licitante não está adstrita ao critério de menor preço para decidir o processo de licitação; qualquer outro constante do Edital é perfeitamente válido". Isso é o que revela o julgamento proferido na AMS nº 102.509-DF, relatado pelo Ministro Flaquer Scartezzini, conforme notícia o DJU de 20.02.86, p. 1.529.

A aplicação da regra de que só em circunstâncias especiais deve se limitar a participação dos licitantes, está comprovada, por exemplo, na decisão cuja ementa se faz citar:

Administrativo - Licitações públicas - Registro de produtos -  
Obrigatoriedade - Mandado de segurança.

O Produto destinado à realização de teste imunológico para gravidez, não está sujeito ao registro obrigatório no órgão de vigilância sanitária do Ministério da Saúde, posto que sua utilização não afeta a saúde do usuário. Inteligência do art. 36 do Decreto nº 79.094/77, que regulamentou a Lei nº 6.360/76 (art. 25, § 2º.).

A revelação supra consta no julgamento da AMS nº 96.592-PR, relatado pelo Ministro Flaquer Scartezzini, quando integrante da Terceira Turma do então e egrégio Tribunal Federal de Recursos, conforme denúncia constante no DJU de 25.04.84, p. 5.745.

Nenhuma modificação ocorreu no entendimento supra, não obstante a existência da atual legislação, com vigência desde a edição do DL 2.300/86.

Uma visão resumida de grande parte da jurisprudência formulada pelo então e egrégio Tribunal Federal de Recursos, pelos Tribunais Regionais Federais e por alguns Tribunais Estaduais, nos permite elencar, de modo nuclear, os seguintes pontos norteadores para que melhor sejam interpretados os dispositivos legais que cuidam da licitação. Passo a mencioná-los:

1 - Se a desconformidade entre a proposta e o que consta no Edital ocorre em relação a exigência ou especificação, que não seja reputada básica, por ser de natureza acessória, não se justifica a eliminação de concorrente que ofereceu menor preço (AMS 96.336-DF, Rel. Min. Gueiros Leite, TFR, DJU de 10.03.83, p. 2.392).

2 - Se, em decorrência da fixação no Edital de que a licitação obedecerá à melhor técnica, o preço deixa de ser o elemento decisivo (AMS nº 91.9321/SP, Rel. Min. Adhemar Raimundo, DJU de 23.06.83, p. 9.355).

3 - O critério de distinguir pela origem, naturalidade ou sede, não tem legitimidade para justificar a desigualação de empresas que concorram com outras em igualdade de categoria, condições e preço. (RP - 1.103/8 - RJ - STF, Rel. Min. Rafael Mayer, *in* DJU DE - 08/10/82, p. 10.187).

4 - A administração pública não fica obrigada a contratar com o vencedor da licitação, quando outras vantagens, além do preço, atendem melhor os seus interesses. Licitação para recarga e extintores de incêndio. (AC nº 76.046, RJ. TFR, Rel. Min. José Cândido, *in* DJU de 14/10/82, p. 10.386).

5 - Na concorrência pública, a idoneidade dos concorrentes deverá ser apreciada e decidida necessariamente, antes de abertas as propostas, não se admitindo a recusa de concorrente sob pretexto de idoneidade, depois de conhecidas as ofertas. (Remessa *ex-officio* nº 179.883, TJ-SP, Rel. Des. Rodrigues de Alckmin, *in* RDP nº 12 (abril/junho - 1970), p.207)

6 - É na fase de habilitação e não na de julgamento que se deve proceder à análise dos aspectos referentes à pessoa do proponente, como a verificação da personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira dos licitantes (AMS nº 107.117 - RJ, TFR, Rel. Min. Otto Rocha, 2ª Turma, *in* DJU de 02.04.87, p. 5.661).

7 - A discricionariedade no julgamento da licitação é limitada, sendo lícito, porém, à administração dar o exato sentido das proposições e dos valores constantes do Edital (AMS nº 100.308 - CE, TFR, Rel. Min. Carlos Madeira, DJU de 23.05.85, p. 7.875).

8 - Publicado o edital, não pode o mesmo ser modificado, sob pena de ser cancelada a licitação e se estabelecer novas normas através de outro edital (AMS nº 87.260 - DF, TFR, Rel. Min. Flaqueur Scartezini, *in* DJU de 18.09.86, p. 16.972).

9 - É correta a decisão que desqualifica a empresa porque ela apresentou a sua proposta em dólares (AMS nº 103.438, RJ, TFR, Rel. Min. Costa Lima, DJU de 14/08/86, p. 13.818).

10 - O edital pode conter índices de capacidade técnica e financeira, sem isso constituir em critério de mecanismo de exclusão antecipada, mas que determine o estritamente necessário à garantia e segurança pretendidas (BANDEIRA DE MELO, *Licitação*, RJ, 1980, pp. 31/40) (AMS nº 103.295 - DF, TFR, Rel. Min. Gueiros Leite, in DJU de 28.06.84, p. 10.608).

11 - Inadmissível a desclassificação decorrente pela falta de apresentação do certificado de cadastro de fornecedores específico no estado, após a abertura das propostas, quando ultrapassada a fase de habilitação, face à preclusão e, se ademais foi apresentado o CRJF, com validade em todo o território nacional (REO nº 118.012 - SC, TFR, Vol. 165, p. 393).

12 - A penalidade de suspensão aplicada à empresa, impedindo-a de concorrer, por determinado período, as licitações realizadas no Órgão Público, não pode prevalecer se a medida foi adotada sem as cautelas recomendadas, principalmente no que tange à oportunidade de defesa das impetrações que culminaram com a sanção (AMS nº 85.968 - MG, TFR, Rel. Min. William Patterson, RTFR, Vol. 149, p. 287).

13 - A desclassificação da empresa licitante exige motivação fundamentada (REO nº 100.146 - DF, TFR, Rel. Min. Flaquer Scartezini, in RTFR, Vol. 153, p. 421).

14 - No resguardo do bem público, é coerente que a autoridade faça incluir no próprio Edital a forma de controle de qualidade e de assistência técnica pretendida, fixando critérios objetivos para a sua

aferição (REO, nº 108.015, DF, TFR, Rel. Min. Flaquero Scartezini, *in* RTFR 156, p. 416).

15 - É descabida e ilegal, como condição no certame, a exigência de certidão circunstanciada da Junta Comercial em que constem todas as alterações do contrato social da empresa, já que a certidão simplificada e padronizada daquele órgão fornece todos os elementos considerados indispensáveis pelo art. 7º do Decreto nº 86.025/81, que regulamentou a habilitação em licitações promovidas pela Administração Direta Autárquica. (REO 102.111 - CE, TFR, Rel. Min. Carlos Thibau, *in* RTFR 125, p. 396).

Demonstrado está o quanto significa a atuação jurisprudencial para que melhor se extraia da lei o seu verdadeiro sentido. Uma conclusão de relevo me parece determinar o exame do panorama jurídico que acaba de ser retratado: é o de que, em qualquer fase do procedimento administrativo, o princípio da legalidade está presente, com o rendimento de homenagens constantes ao princípio da moralidade administrativa. Em suma, o agir da administração há de ser sempre o querido pela lei, por ser o seu cumprimento a razão maior da afirmação dos postulados que comandam um regime democrático.